

Fideicomisos, pactos de la sociedad de la confianza

por la Dra. Sonia Salvatierra

Qué es un fideicomiso, sus características legales y sus antecedentes y orígenes en el Derecho romano. La relación fiduciaria, señala la autora, era la relación humana basada en la lealtad, confianza y honradez.

Mucho se ha escrito sobre fideicomisos, sin embargo cuando trabajamos con nuestros clientes angloparlantes nos resulta difícil entendernos dado que en el Derecho anglosajón no existe el instituto jurídico tal como nosotros lo conocemos.

El fideicomiso es una antigua figura jurídica que ya se conocía en el Derecho romano. Etimológicamente la palabra fideicomiso proviene de dos vocablos latinos: "*fides*", de confianza, fe y "*comittio*", comisión o encargo.

En el Derecho romano se conocieron dos formas de relaciones fiduciarias: una por actos *mortis causa* que se conoció como *fideicomissum*; y otra por actos *inter vivos* que se la denominó *pactum fiduciae*.

La relación fiduciaria era la relación humana que, basada en altos deberes morales de lealtad, confianza y honradez, establecían dos personas para cumplir un fin determinado, es decir, una relación basada en un acto de confianza y en un deber de lealtad.

En la sociedad romana todo vínculo social estaba basado en la lealtad recíproca, en la *fides*, que junto con la justicia eran los fundamentos de la vida en sociedad. Esta relación fue entendida como un encargo o ruego que una persona dirigía a otra para que cumpliera con su pedido, basado en altos principios de lealtad y honradez. Durante la república romana, quien efectuaba el encargo carecía de acción

judicial para asegurar su cumplimiento. Ni el fiduciante ni el beneficiario tenían acción alguna contra el fiduciario, lo que confirma que era una relación basada exclusivamente en la confianza, y la única garantía de su cumplimiento estaba dada por la honradez y lealtad del fiduciario. Podemos definir al fideicomiso romano como la relación fiduciaria que se establecía respecto de ciertos bienes y en virtud de la cual quien tenía la propiedad de ellos, se obligaba por los deberes de lealtad y confianza a utilizarla en beneficio del comitente o de otra persona.

Si bien el Código Civil incluía el instituto, la Ley N° 24.441 ha servido al desarrollo y reconocimiento del mismo al definirlo como un contrato. Aunque parezca una afirmación demasiado sencilla, es necesario formularla. En virtud de un acuerdo de voluntades, lo que era propiedad de uno pasa a ser propiedad fiduciaria de otro, quien ejercerá dicha propiedad fiduciaria durante el plazo que se establezca de común acuerdo, para luego transferirla a un tercero.

Podemos decir que un hito fundamental de esta ley es la consagración de la separación del patrimonio fideicomitado en cabeza del fiduciario. Este apartamiento al principio de unidad patrimonial imperante en nuestro ordenamiento es crítico al funcionamiento de la figura, pues sus finalidades propias no estarían resguardadas si los bienes afectados a su cumplimiento quedasen expuestos al ataque

de acreedores, sean los del fiduciante, que pretenden desconocer la enajenación, sean los del fiduciario que afirman que les son propios.

El fiduciario es titular exclusivo de la propiedad de los bienes fideicomitados, los cuales conforman un patrimonio separado respecto de los cuales los beneficiarios tienen derechos definidos en el contrato. El fiduciario, salvo pacto en contrario, puede ejercer su propiedad fiduciaria disponiendo o gravando los bienes fideicomitados cuando así lo requiera el fin del fideicomiso. Los acreedores del fiduciante no pueden atacar los bienes fideicomitados (salvo fraude), ya que estos se encuentran ahora dentro de la órbita del fiduciario. Asimismo, ni los beneficiarios ni los acreedores de éstos pueden alcanzar los bienes fideicomitados si no es en virtud de las disposiciones que el fiduciario adopte de acuerdo con el contrato constitutivo del fideicomiso. La ley establece cláusulas que el contrato de fideicomiso debe necesariamente contener, sin embargo deja amplio margen al acuerdo de partes.

De esta manera, en su definición queda enunciada la "finalidad" del fideicomiso, es decir, si se trata de un fideicomiso para transferir bienes, para administrarlos, de inversión, de protección familiar, de empresa, de desarrollo, de reestructuración bancaria, productivo, inmobiliario, de garantía, etc. Puede tener por objeto cualquier clase de bienes (presentes o futuros) y



Dra. Sonia Salvatierra

Es abogada, miembro del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora (Pcia. de Bs. As.), del Foro Argentino de Mujeres Ejecutivas, de la CAFIDAP (Cámara Argentina de Fideicomisos y Fondos de inversión directa en actividades productivas).

Participó en el programa anual *USA LAW Program* para el LLM de la Universidad de California, Davis & Berkeley, California (2000).

Fue Asociada del Estudio Marval, & O'Farrell & Mairal (1996); Jefe del Área Internacional - Caja de Valores S.A. (1993); Asesora Legal Interna - Caja de Valores S.A. (1991). Se desempeñó como Ayudante de las cátedras de Finanzas y Derecho Tributario y Obligaciones y Contratos Comerciales en la Universidad de Buenos Aires. (1991 - 1993;1995-1996).

Realizó cursos de especialización en el área de Derecho bancario y mercado de capitales.

Participó como oradora en seminarios y congresos internacionales relativos a custodia de títulos valores, *clearing* y *settlement*; standarización de títulos valores (Norma ISO 6166).

Colaboró en la redacción y comentarios de las Resoluciones Generales de la Comisión Nacional de Valores Nros. 290/1997 y 368/2001 (ordenamiento de textos/actualización), 462/2004 (Valores Representativos de deuda de Corto Plazo); Decreto 677/2001 (régimen de transparencia de la oferta pública).

puede versar también sobre derechos (aún sobre universalidades de derechos). El límite al objeto lo dan normas de Derecho común: actos voluntarios lícitos que tengan por fin establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, derechos, cosas que estén en el comercio, no prohibidas ni contrarias a las buenas costumbres.

En un fideicomiso existen cuatro sujetos:

- 1) el fiduciante: quien transmite la propiedad fiduciaria de los bienes;
- 2) fiduciario: quien recibe los bienes en fideicomiso;
- 3) el beneficiario: quien recibe los beneficios del fideicomiso, y
- 4) el fideicomisario: que es quien a cuyo favor deben finalmente destinarse los bienes vencido el plazo o cumplida la condición a la que se subordina el fideicomiso.

No es admisible reunir en un único sujeto la condición de fiduciario y beneficiario, dado que generaría un conflicto de intereses que puede atender contra el ejercicio imparcial y objetivo de su función y le restaría la condición de "confianza" que debe tener un fideicomiso.

La ley contempla dos tipos de fideicomiso: el fideicomiso común u ordinario y el fideicomiso financiero. El primero nace de un contrato o testamento, y se constituye en beneficio de una persona física o jurídica determinada. Puede ser fiduciario ordinario cualquier persona física o jurídica. Si esa actividad se desarrolla en forma habitual, haciendo publicidad del servicio, la ley la reserva exclusivamente a las entidades financieras y a las sociedades inscriptas en un registro encomendado a la Comisión Nacional de Valores (la "CNV").

El fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la CNV para actuar como fiduciario financiero y los beneficiarios son los titulares de certificados de participación o de valores representativos de deuda garantizados con los bienes transmitidos en fideicomiso.

En este sentido, los derechos de los beneficiarios son los derechos de los Títulos Valores emitidos en vinculación con el fideicomiso financiero. Así, la transmisión del valor fiduciario importa transferir la calidad de beneficiario.

La nota que diferencia al fideicomiso financiero y al fideicomiso ordinario público es que el primero está destinado a emitir títulos valores. Cuando estos últimos son emitidos en masa para ser ofrecidos públicamente, se requiere de una autorización otorgada por la CNV.

Respecto de la responsabilidad del fiduciario, es imposible reglamentar a nivel legal la conducta del fiduciario por lo cual la ley apela a una noción abstracta "la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios". Doctrina que apunta a juzgar la conducta del fiduciario según el grado de acatamiento que hubiere dado al deber de aplicar el mismo cuidado y diligencia a los asuntos del fideicomiso que una persona competente dedicaría a sus propios intereses, en cuanto se presume, que es persona competente y prueba para sus negocios propios. A ello se agrega la exigencia genérica de buena fe -de absoluta relevancia en un negocio que implica un encargo basado en la confianza- y la específica de lealtad; esta última por aplicación analógica de la regla contenida en el Artículo 1907 del Código Civil.

Con relación a terceros, el fiduciario responde por las obligaciones contraídas en ejercicio del fideicomiso, exclusivamente con los bienes fideicomitados, excepto en el caso de culpa o dolo.

Con estas pocas líneas hemos intentado tipificar el fideicomiso como tal y si bien nuestro objetivo no es efectuar un análisis comparativo con el término "*trust*" anglosajón, sí queremos subrayar que no es lo mismo. Nuestra sugerencia para el traductor es que utilicen la palabra inglesa "*trust*" para traducir fideicomiso y agreguen una nota aclarando que se trata de un fideicomiso bajo la ley argentina.